



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2017

**Zum Konsenserfordernis bei der societas - methodische Bemerkungen zu
einem altbekannten Problem**

Babusiaux, Ulrike

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-143363>
Book Section

Originally published at:

Babusiaux, Ulrike (2017). Zum Konsenserfordernis bei der societas - methodische Bemerkungen zu einem altbekannten Problem. In: Weber, Rolf H; Stoffel, Walter A; Chenaux, Jean-Luc; Sethe, Rolf. Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts: Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag. Zürich: Schulthess Verlag, 767-784.

Zum Konsenserfordernis bei der *societas* – methodische Bemerkungen zu einem altbekannten Problem

ULRIKE BABUSIAUX*

I.	Das Misstrauen gegenüber dem Gesellschafterwillen in der Forschung des 19. Jahrhunderts.....	769
1.	Die Vorurteile der Interpolationenkritik.....	770
2.	Der Streit um Willens- und Erklärungstheorie.....	772
II.	Versuch einer Neubewertung.....	774
1.	Der Konsens als Beweisthema.....	774
2.	Zur Funktion des <i>animus contrahendae societatis</i>	778
III.	Schluss.....	783

HANS CASPAR VON DER CRONE hat sich in seiner Habilitationsschrift unter anderem mit der Herleitung des Bestimmtheitskriteriums im Vertragsrecht, das heisst der Regel, «dass die Parteien wenigstens den Kern ihres Geschäfts selbst festzulegen haben»¹, auseinandergesetzt. Entgegen der Herleitung aus der Vertragsfreiheit beschreibt VON DER CRONE den Zweck des Bestimmtheitskriteriums wie folgt: «Dem Bestimmtheitskriterium liegt vielmehr eine Zielsetzung des Funktionsschutzes zugrunde: Es schliesst eine Verlagerung der Selektion aus dem System Wirtschaft in das System Recht aus und schützt so die funktionale Ausdifferenzierung beider Systeme [...]».² Dabei hält er weiter fest: Die «Bestimmtheit dient nicht einer Abwägung kollidierender individueller Interessen der Parteien. Regelungsgegenstand ist vielmehr der Prozess Vertragsabschluss als Ganzes. Die Verbindlichkeit des Vertrags ist nicht eine Frage der Abwägung von Parteiinteressen, sondern der notwendige Teil des Selektionsprozesses.»³ Diese Präzisierung der Funktion des Bestimmtheitskriteriums, also der Parteieinigung über die *essentialia negotii*, erlaubt ihm in der Folge, ungelöste Fragen des Rahmenvertrags anzugehen und einen Vorschlag zur Fortbildung der Dogmatik zu

* Der Beitrag sei dem Jubilar und Kollegen, der ein besonderes Interesse für das römische Recht pflegt, als Ausdruck meiner Verehrung und Wertschätzung gewidmet.

¹ Zur Figur der *essentialia negotii* vgl. BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, 6. Aufl., Basel 2015, N 22 ff. zu Art. 1.

² HANS CASPAR VON DER CRONE, Rahmenverträge. Vertragsrecht – Systemtheorie – Ökonomie, Habil. Zürich 1993, 109.

³ VON DER CRONE (Fn. 2), 118.

unterbreiten. Das Beispiel zeigt, dass die Fortentwicklung des Bestehenden immer auch das Aufklären von Missverständnissen sowie das Abwerfen von unnötigem Ballast voraussetzt. Dies bedeutet vor allem die Infragestellung von scheinbar sicheren Grundannahmen.

Auch in der Forschung zu den römischen Rechtstexten (Romanistik) sind Vorverständnisse erkennbar, die oftmals die Klärung von scheinbaren Banalitäten verhindern.⁴ Dabei geht es weniger um die ohnehin immer vorhandene Problematik des hermeneutischen Zirkels bei der historischen Interpretation⁵ als vielmehr um Deutungen, die sich mit der Zeit angesammelt haben und die, obgleich sie als fehlgehend erkannt worden sind, indirekt oder gleichsam «unterirdisch» auch auf den Interpreten nachwirken. Dieser Schwierigkeit kann der Interpret nicht dadurch entgehen, dass er sich ohne Rücksicht auf die bestehende Literatur zu den Rechtsquellen gleichsam «unbefangen» den viel behandelten Texten nähert. Es ist vielmehr unabdingbar, das eigene unmittelbare Verständnis des Textes mit den bestehenden Interpretationen abzugleichen und beide wechselseitig in Frage zu stellen. Nur unter Berücksichtigung der Voraussetzungen und der Konsequenzen von evidenten Fehlgriffen einer früheren Interpretation ist es möglich, die eigene Interpretation jedenfalls gegen die Fortschreibung dieser Vorurteile zu «wappnen». Exemplarisch lässt sich ein derartiges Vorgehen im Bereich der römischen Rechtsliteratur zum Gesellschaftsvertrag, *societas*, vorführen, das gleichzeitig die Frage nach der Funktion der *essentialia negotii* im römischen Vertragsrecht beleuchtet.⁶

Die *actio pro socio* ist im Edikt des Prätors verheissen;⁷ eine Definition der Gesellschaft findet sich dort nicht. Grundlage und Ausgangspunkt für den Vertragsschluss bei der *societas* ist dabei für den heutigen Betrachter in der Regel die konzise Darstellung im Lehrwerk des Juristen Gaius (Mitte des 2. Jahrhunderts). Unter dem Abschnitt, der den Konsensualkontrakten gewidmet ist, heisst es dort: «Eine Gesellschaft gehen wir üblicherweise entweder für das gesamte Vermögen ein oder nur für ein einzelnes Geschäft, zum Beispiel für den Sklavenhandel.»⁸ Sodann folgt die Diskussion einer *magna quaestio*, nämlich der Frage, ob eine Gesellschaft auch zu ungleichen Anteilen oder

⁴ Zur Hermeneutik des Juristen vgl. HANS-GEORG GADAMER, Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, Tübingen 2010, 330-335.

⁵ GADAMER (Fn. 4), bes. 270-312.

⁶ Dabei ist klar, dass der Begriff der *essentialia negotii* kein römisches, sondern ein mittelalterliches Erfordernis der Vertragslehre bildet, vgl. nur KLAUS-PETER NANZ, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert, München 1985.

⁷ Vgl. die Rekonstruktion bei OTTO LENEL, Das Edictum perpetuum: ein Versuch zu seiner Wiederherstellung, 3. Aufl., Leipzig 1927, 297.

⁸ Vgl. Gai. 3, 148 *Societatem coire solemus aut totorum bonorum aut unius alicuius negotii, veluti mancipiorum emendorum aut vendendorum*; die Übersetzung folgt ULRICH MANTHE, Gaius Institutiones. Die Institutionen des Gaius, 2. Aufl., Darmstadt 2010, 279.

gar als *societas leonina* eingegangen werden kann.⁹ In dieser Darstellung vermisst der moderne Leser Hinweise auf die Anforderungen, die neben diesen Fragen an den Konsens gestellt werden. Diese «Lücke», die sich aus dem didaktischen Konzept des Gaius erklären lässt,¹⁰ hat dazu geführt, dass sich verschiedene Deutungen zum Verständnis des Konsenses im römischen Gesellschaftsrecht gebildet haben. Diese Deutungen speisen sich aus allgemeinen Grundannahmen und sind daher stark durch das Vorverständnis des Betrachters vom Wesen des Konsenses, des Vertrags und der Funktion des Gesellschaftsvertrags geprägt.

I. Das Misstrauen gegenüber dem Gesellschafterwillen in der Forschung des 19. Jahrhunderts

Der Gesellschaftsvertrag (*societas*) des römischen Rechts ist als reine Innengesellschaft konzipiert, verpflichtet also nur die Gesellschafter untereinander.¹¹ Der Zusammenschluss zu einer Gesellschaft unterliegt als Konsensualkontrakt keiner besonderen Form, sondern setzt lediglich den (erkennbaren oder jedenfalls nachweislichen) Willen der Beteiligten, eine Gesellschaft schliessen zu wollen, voraus. Dieser Wille kann entweder ausdrücklich erklärt werden; er kann auch durch Indizien erschlossen werden. Schwierigkeiten bereitet in der Interpretation der Quellenstellen regelmässig die scheinbar willkürliche Kombination von objektiven und subjektiven Elementen zur Feststellung dieses Willens. Eine erste Lösung zur Harmonisierung dieser Ansätze bildete die Verdächtigung der subjektiven Komponente als Interpolation im Sinne der «byzantinischen Willenslehre». Die Grundthese, die nicht nur für den Gesellschaftsvertrag, sondern auch für die Novation, den Besitz, die Ehescheidung und andere «Intentionen» formuliert wurde,¹² lautete, das klassische römische Recht habe den Vertrag

⁹ Zu Einzelheiten zu Gai. 3, 149-151, vgl. HEIN L.W. NELSON/ULRICH MANTHE, *Gai Institutiones* III 88-181. Die Kontraktobligationen, Berlin 1999, 307-317.

¹⁰ Zur Didaktik des Gaius vgl. vor allem MANFRED FUHRMANN, *Das systematische Lehrbuch*, Ein Beitrag zur Geschichte der Wissenschaften in der Antike, Göttingen 1960.

¹¹ Grundlegend VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*. Corso di lezioni svolto nell'università di Roma 1949/1950, Neapel 1965 (ed. anast.), 63-70; eine ausführliche Biographie zum römischen Gesellschaftsrecht zuletzt ANDREAS FLECKNER, *Antike Kapitalvereinigungen*. Ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft, Köln/Weimar/Wien 2010.

¹² Zum Besitz vgl. nur PAOLA LAMBRINI, *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico*, Padova 1998; zur Novation vgl. nur PETER APATHY, *Animus novandi*. Das Willensmoment beim römischen Schuldvertrag, Wien/New York 1975; zur Ehescheidung vgl. AMALIA SICARI, *Ancora sul „animus“*, Studi per Giovanni Nicosia VII, Mailand 2007, 393-444, 414-418.

nach objektiven Kriterien bestimmt, erst die byzantinischen Juristen, vor oder zur Zeit Justinians, hätten das subjektive Kriterium in die Texte «hineingetragen».¹³

1. Die Vorurteile der Interpolationenkritik

Für die römische *societas* konkretisiert sich diese generelle Verdächtigung in einer lang bekannten Antinomie zwischen zwei Quellenstellen des gleichen Autors. So handeln gleich zwei, unter dem Namen Ulpian überlieferte Fragmente (D. 17.2.44 Ulpianus 31 ad ed. und D. 19.5.13pr. Ulpianus 30 ad Sab.) davon, dass A dem B eine Sache zum Verkauf für einen bestimmten Preis mit der Massgabe überlassen hat, B dürfe den Mehrerlös behalten. Während der Jurist in D. 17.2.44 Ulpianus 31 ad ed. erwägt, A und B entweder als Gesellschafter anzusehen oder dem B die Klage aus einem Innominatkontrakt (*actio praescriptis verbis*) zu erteilen, wird in D. 19.5.13pr. Ulpianus 30 ad ed. allein eine auf den Sachverhalt lautende Klage wegen der Führung eines fremden Geschäftes (*actio in factum*) gewährt; die Klage aus der Gesellschaft wird ausgeschlossen. Verdächtig ist den Exponenten der Interpolationenkritik weniger die Divergenz dieser Ergebnisse als ihre Begründung: In der Tat fällt auf, dass Ulpian in D. 17.2.44 Ulpianus 31 ad ed. auf den *animus contrahendae societatis* verweist, also danach differenziert, ob ein Gesellschafterwille vorliegt oder nicht, während der Jurist in D. 19.5.13pr. Ulpianus 30 ad Sab. festhält, dass die Annahme einer Gesellschaft ausscheide, weil A den B nicht als Gesellschafter zugelassen habe. Hält man eine subjektive Komponente des Willens für einen nachträglichen Zusatz, lässt sich der (scheinbare) Widerspruch zwischen beiden Begründungen leicht erklären: Nur die auf objektive Kriterien (= Zulassung als Gesellschafter) abstellende Stelle kann Ausdruck des klassischen Rechts sein; die auf subjektive Kriterien rekurrierende Differenzierung in D. 17.2.44 Ulpianus 31 ad ed. gilt dagegen als interpoliert. So schreibt FRITZ PRINGSHEIM: «Nobody has ever denied that the Romans tried in practice to assure the supremacy of the intention; but the Byzantines were the first to attribute to the parties an intention towards the attainment of a specific legal consequence, to make the intention supreme, even where it is unexpressed and undemonstrable. It is intention in this form, and in this form alone, that we designate by the mainly post-classical word *animus*.»¹⁴ Für die *societas* soll daraus folgen: «The consensus expresses itself in *communiter agere*; that is enough, no other expression is necessary.»¹⁵

¹³ Zur *animus*-Lehre im Gesellschaftsvertragsrecht vgl. vor allem AGOSTINO POGGI, *Il contratto di società in diritto romano classico*, Turin 1930 (= Nachdr. Neapel 2012), bes. 61-126 und FRANZ WIEACKER, *Societas I. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft. Untersuchungen zur Geschichte des römischen Gesellschaftsrechts*, Weimar 1936, 273-344.

¹⁴ FRITZ PRINGSHEIM, *Animus in Roman Law*, urspr. in LQR 49 (1933), 43-60 und 379-412, jetzt in: DERS., *Gesammelte Abhandlungen*, Erster Band, 300-338, 304.

¹⁵ DERS., *Animus in Roman Law* (Fn. 14), 315.

Auch wenn die moderne romanistische Forschung das im Zitat zum Ausdruck kommende Misstrauen gegen das subjektive Element längst überwunden hat, wird dennoch die aus dem geltenden Recht stammende Vorstellung, dass vorrangig der äussere Tatbestand zu beachten und der innere Wille im Rahmen der Irrtumslehre beachtlich sein kann, ohne weiteres auch den römischen Rechtstexten zugrunde gelegt.¹⁶ Konsequenz dieser Lehre ist, dass die Betonung der inneren Intentionen der Parteien als «nachklassisch» oder doch als spätere Entwicklung angesehen wird. Dieses Fortwirken der *animus*-Forschungen zeigt sich zunächst in PRINGSHEIMS Überlegungen zum *id quod actum est*, die einen wesentlichen Schritt zur Überwindung des interpolationistischen Vorurteils gegen den inneren Willen darstellen. An der Verurteilung des *animus contrahendae societatis* in D. 17.2.44 Ulpianus 31 ad ed. ändert dies freilich nichts: «Der vorjustinianische Autor formt *iqua* [sc. *id quod actum est*] um; es geht jetzt nicht um den Sinn, den die Parteien ihrem Geschäft gegeben hatten, und der beweisbar war, sondern um den inneren Willen».¹⁷ Obwohl das *id quod actum est* – wie PRINGSHEIM herausarbeitet – gerade die Intention der Parteien betont, wird ein angeblich nicht nachweisbarer «innerer Willen» als «unklassisch» abgelehnt. Diese Skepsis zieht sich bis in die an sich vermittelnde Darstellung MAX KASERS zur Vertragsauslegung: «Die Juristen fragen bei allen diesen Geschäften nach dem *quod actum est*, nach der *voluntas*, *mens*, *opinio*, dem *sentire*, *credere*, *existimare* usw. und verstehen darunter den erkennbaren Sinn und Zweck der Parteihandlungen, mag er auch aus den gebrauchten förmlichen oder nichtförmlichen Geschäftsworten allein nicht ablesbar sein».¹⁸ Was hier und in vielen anderen Stellungnahmen, vor allem deutschsprachiger Autoren hervortritt, ist die Trennung von Wille und Erklärung, wie sie der von FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY begründeten Lehre von der Willenserklärung zugrunde liegt: «Bisher ist die Willenserklärung nach ihren beiden Bestandteilen betrachtet worden, dem Willen an sich [...], und der Erklärung [...]. Jedoch ist dieses nicht so zu verstehen, als ob beide ihrer Natur nach von einander unabhängig wären, [...]; vielmehr sind sie schon ihrem Wesen nach als verbunden zu denken. Denn eigentlich muß der Wille an sich als das einzig Wichtige und Wirksame gedacht werden, und nur weil er ein inneres, unsichtbares Ereignis ist, bedürfen wir eines Zeichens, woran er von Anderen erkannt werden könne, und dieses Zeichen, wodurch sich der Wille offenbart, ist die Erklärung.»¹⁹ In der Romanis-

¹⁶ Vgl. statt aller MAX KASER/ROLF KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, 20. Aufl., München 2014, § 8 Rn. 4-7.

¹⁷ DERS., *Id quod actum est*, ZRG rom. 78 (1961), 1-91, 69 mit Fn. 237; weiterführend demgegenüber GIUSEPPE GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Mailand 1966, bes. 116-137.

¹⁸ MAX KASER, *Römisches Privatrecht I. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2. Aufl., München 1971, § 58.I.2, 236.

¹⁹ FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, III, Berlin 1840 (Nachdr. Frankf. a.M. 2008), 257 f. Eine wörtliche Übersetzung SAVIGNYS enthält die Definition des *animus* (!) in: ADOLF BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, 362, s.v.

tik erhält diese Deutung SAVIGNYS eine neue Stossrichtung, in der man die unterschiedlichen Quellenzeugnisse zur Bedeutung von Wille und/oder Erklärung als historische Schichtung begreift. So heisst es bei KASER: «Wie der äußere, so lockerte sich allmählich auch der innere Formalismus, der der Auslegung der Rechtsgeschäfte Schranken zog. Das alte Recht, das die Wirkung der Akte aus der Form herleitet, legte die Worte ‚typisierend‘ nach dem Sinn aus, den sie nach dem allgemeinen, durch das Herkommen gefestigten Sprachgebrauch haben. [...] Seitdem man jedoch das Geschäft auf den Willen gründet, fragt man ‚individualisierend‘ danach, was der Erklärende wirklich gewollt hat, welcher Wille also auch aus den Umständen erschlossen werden kann, die außerhalb des Geschäfts selbst liegen».²⁰ Aus dem für den Vertragsschluss jedenfalls ursprünglich zu beobachtenden Formalismus werden also Konsequenzen für die Willensermittlung gezogen; da die Wirksamkeit des Geschäftes von der Einhaltung einer Form abhängt, soll auch die Bestimmung des Willens «ursprünglich» auf die äusseren Umstände beschränkt gewesen sein.²¹ Bei genauerer Betrachtung ist diese These einer evolutionären Entwicklung der Auslegung hin zu mehr Willensberücksichtigung nur eine Variante der von der Interpolationistik geprägten Vorstellung der nachklassischen Prägung des *animus*: Anstelle einer nachklassischen Umdeutung (und Interpolation) der Auslegungsentscheidungen der «klassischen» Juristen erklärt man die «Entwicklung» hin zur Willensberücksichtigung für «klassisch», hinterfragt aber die Vorstellung, dass es sich um eine Entwicklung handeln müsse, selbst nicht. Auf diese Weise beruht auch KASERS Deutung der Vertragsauslegung in der «Klassik» indirekt auf den geistesgeschichtlichen Grundlagen, die zur Ausprägung der *animus*-Lehre geführt haben.

2. Der Streit um Willens- und Erklärungstheorie

Diese geistesgeschichtlichen Grundlagen sind bereits von DIETER SIMON nachgezeichnet worden²² und wurden für das Recht der *societas* von FRANZ-STEFAN MEISSEL aus-

animus: «The intention (will) of a person concluding a transaction with another or acting unilaterally in order to accomplish an act with legal effects [...]. Intention is to be distinguished from what a person declared orally whether by solemn, prescribed words, or informally or in writing».

²⁰ KASER (Fn. 18), 234.

²¹ Eine andere Strategie besteht darin, die Stellen als Ausdruck des *ius controversum* zu deuten, vgl. dazu DIETER SIMON, Die *animus*-besessene Spätzeit, Rechtshistorisches Journal 14 (1995), 253-283, 273. Zur Problematik des massenhaften Rekurses auf den angeblich kontroversen Charakter des Juristenrechts siehe zuletzt ULRIKE BABUSIAUX, Les défauts de l'utilisation du «*ius controversum*» en tant que concept herméneutique de droit romain, in: Thénard/Mergey/Soleil (Hrsg.), La controverse. Études d'histoire de l'argumentations juridique. Journées internationales de la Société d'Histoire du Droit de Rennes (2015), im Druck.

²² SIMON (Fn. 21), 253-283.

föhrlich exegetisch untersucht.²³ Als Hintergrund des Interesses für die angeblich byzantinische *animus*-Lehre ist der vor allem in Deutschland mit Verve ausgetragene Streit um das Primat von Wille oder Erklärung anzusehen, der unter dem Stichwort «Willens- und Erklärungstheorie» geführt wurde.²⁴ Durch die Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches hat sich dieser Streit nicht erledigt, weil die Vorschriften des BGB sowohl im Sinne der Willens- als auch im Sinne der Erklärungstheorie ausgelegt werden konnten (und werden). Die deutsche Kodifikation föhrte aber zu einer Veränderung des Zugangs zu den römischen Rechtstexten; diese wurden erstmalig vollständig «historisiert», wenngleich die Vorstellung, dass das römische Recht geeignet sei, geltende Rechtssätze zu legitimieren, nicht vollständig aufgegeben wurde. In diesem Sinne sind die gegensätzlichen Stellungnahmen zur Theorie der Willenserklärung, die OTTO LENEL einerseits und BERNHARD WINDSCHEID andererseits involvierten, zu verstehen, die sich explizit auch auf die römische Anschauung vom Vertrag stützten. Auch in diesem Streit steht die Bedeutung der Intention für die Feststellung des Willens im Vordergrund: Während OTTO LENEL eine «naturalistische» oder empirische Sichtweise der Willenserklärung vertrat und auch in den (römischen) Rechtsquellen vorzufinden glaubte,²⁵ sprach sich BERNHARD WINDSCHEID dafür aus, die Definition der Willenserklärung um den Willen, Rechtsfolgen zu erzielen, zu ergänzen.²⁶ Bekanntlich hat sich WINDSCHEIDS Ansicht nicht nur in der deutschen Dogmatik, sondern auch in den Ar-

²³ FRANZ-STEFAN MEISSEL, *Societas*. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages, Wien 2004, 13-39; ausführlich bereits DERS., «Fossile Zeugnisse einer gemeinsamen Urform» – Wieackers Beitrag zur Geschichte der *societas*, in: Polaschek/Ziegerhofer (Hrsg.), *Recht ohne Grenzen – Grenzen des Rechts*. Europäisches Forum Junger Rechtshistorikerinnen und Rechtshistoriker Graz 1997, Frankfurt a.M. et al. 1998, 43-61.

²⁴ Zum Theorienstreit s. STEFAN VOGENAUER, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. 1: Allgemeiner Teil (§§ 1-240 BGB), Tübingen 2003, N 34-43 zu §§ 133, 157. Zum schweizerischen Recht siehe HEINRICH HONSELL, *Willentheorie oder Erklärungstheorie*, in: Peter Forstmoser et al. (Hrsg.), *Festschrift für Hans Peter Walter, Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis*, Bern 2004, 344-346.

²⁵ Vgl. OTTO LENEL, *Parteiabsicht und Rechtserfolg*, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* 19 (1881), 154-253, 250: «Rechtsgeschäft ist jede juristisch erhebliche Privatwillenserklärung, deren Rechtsfolge bestimmt ist, der Verwirklichung der erklärten Parteiabsicht zu dienen»; vergleichbar ERICH DANZ, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, 3. Aufl., Jena 1911, 6-13.

²⁶ BERNHARD WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9. Aufl. unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet von THEODOR KIPP, Frankfurt a.M. 1906, I, 310-315, 310: «Rechtsgeschäft ist eine auf die Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtete Privatwillenserklärung».

beiten zur Reform des schweizerischen Obligationenrechts von 1881 niedergeschlagen (Art. 1 OR).²⁷

Für die Betrachtung der römischen Rechtstexte müsste der Streit um das Modell der Willenserklärung an sich bedeutungslos sein, weil die römischen Juristen anerkanntermaßen nicht von der Willenserklärung aus argumentieren, sondern vom Konsens, also vom Vertrag.²⁸ Dennoch hat die Vorstellung eines durch Erklärung ausgedrückten Willens und damit der Streit um Willens- oder Erklärungstheorie das Verständnis der römischen Vertragslehre bis heute entscheidend geprägt: Dies zeigt sich einerseits darin, dass moderne Exegeten noch immer gerne einen Widerspruch zwischen Wille und Erklärung konstruieren und damit die an sich erzielte Erkenntnis, dass Auslegung und Willensfeststellung in Rom nicht getrennt werden können, bei der Untersuchung von Sachfragen nicht beachten. Anstatt also zu akzeptieren, dass die Feststellung des Willens nach ganz diversen Kriterien je nach Fallgestaltung und Problemstellung erfolgen kann, sucht man noch immer nach «Tendenzen» oder gar nach dem «Vorrang» des einen Kriteriums vor dem anderen. Dabei herrscht regelmässig die Vorstellung vor, dass – ganz im Sinne SAVIGNYS – vorrangig die Äusserung und erst nachrangig der (innere) Wille zu beachten sei.

II. Versuch einer Neubewertung

Ein typisches Beispiel für diese Schwierigkeiten ist der bereits angesprochene *animus contrahendae societatis*, der in verschiedenen Fragmenten als Kriterium verwendet wird, um den Gesellschaftsvertrag von anderen Verträgen abzugrenzen. Im Rahmen einer Neubewertung der einschlägigen Quellenstellen ist hier – konsequenter als dies bisher getan worden ist – der Charakter der Willensermittlung als Tatfrage zu berücksichtigen.

1. Der Konsens als Beweisthema

Seit PRINGSHEIMS Untersuchung zum *id quod actum est* ist anerkannt, dass der Parteiwille als Beweisthema anzusehen ist, es sich also bei der Frage nach dem Vertragsinhalt um eine *quaestio facti* handelt.²⁹ Nimmt man diese Aussage ernst, fällt sofort auf, dass die Fragmente, die auf den *animus contrahendae societatis* rekurrieren, allesamt

²⁷ BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER (Fn. 1), N 1 zu Art. 1. Zur historisch-rechtsvergleichenden Deutung von Art. 1 OR vgl. vor allem ERNST A. KRAMER, Grundfragen der vertraglichen Einigung, München/Salzburg 1972, 86-96.

²⁸ Dezidiert in diesem Sinne MARTIN SCHERMAIER, Auslegung und Konsensbestimmung. Sachmängelhaftung, Irrtum und anfängliche Unmöglichkeit nach römischem Kaufrecht, ZRG rom. 115 (1998), 235-288.

²⁹ Ausführlich zur Qualifizierung als *quaestio facti* vgl. ULRIKE BABUSIAUX, *Id quod actum est*. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozeß, München 2006, 232-237.

Situationen behandeln, in denen der Konsens nur aus dem Verhalten der Parteien erschlossen werden kann.³⁰ Es fehlt also an dem sonst oftmals wörtlich zitierten (schriftlichen) Gesellschaftsvertrag, mit dem die Parteien ihr Verhältnis gestaltet haben, so dass sich die Frage nach dem Vertragsschluss und nach seiner rechtlichen Einordnung mit besonderer Schärfe stellt. Entsprechend sind die von der Interpolationenkritik inkriminierten Stellen einerseits im Zusammenhang mit der Abgrenzung von der Gemeinschaft (*communio*) zu finden, andererseits für die Situationen der Gelegenheitsgesellschaft, bei der sich die Parteien nur kurzfristig und einmalig zusammenschließen.

Das Verhältnis von Miteigentum und Gesellschaft hat der Forschung erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Nach heutigem Stand ist zu sagen, dass die Gesellschafter die Wahl haben, ob sie ihre gesellschaftliche Bindung auch durch Vergemeinschaftung von einzelnen Vermögensstücken oder dem gesamten Vermögen bekräftigen.³¹ Auch umgekehrt haben Miteigentümer die Möglichkeit, ihre zunächst nur durch den gemeinsamen Gegenstand eingetretene Bindung durch ein vertragliches Band zu stärken. Liegen *communio* und *societas* in Kombination vor, können die Beteiligten sowohl mit der *actio pro socio* als auch mit der Teilungsklage (*actio communi dividundo*) gegeneinander vorgehen.³² Die Wahl eines Rechtsmittels schließt das andere aus, soweit ein- und dasselbe Interesse des Klägers betroffen ist.³³ Soweit die Parteien Miteigentümer sind, stellt sich daher regelmässig die Frage, ob sie auch einen Gesellschaftsvertrag abschliessen wollten:

D. 17.2.31 Ulpianus 30 ad Sab.

*Ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet: nec enim sufficit rem esse communem, nisi societas intercedit. Communiter autem res agi potest etiam citra societatem, ut puta cum non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata, item si a duobus simul empti res sit, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit, aut si a duobus separatim emimus partes eorum non socii futuri.*³⁴

³⁰ Vgl. KRAMER (Fn. 27), 159-174, zur «Pathologie» der deutschen Rechtsgeschäftslehre, der auch die Entstehung der Lehre vom faktischen Vertrag aus dieser Übertreibung herleitet.

³¹ Vgl. MEISSEL (Fn. 23), *Societas*, 227-276 mwN. Zum Verhältnis von «Vergemeinschaftung» und Gefahrtragung siehe RALPH BACKHAUS, Die Gefahrtragung bei gemeinsamen Unternehmungen und ihre Modifikation durch Parteiabsprachen im klassischen römischen Recht, ZRG rom. 121 (2004), 233-261, bes. 237-244.

³² Vgl. D. 17.2.43 Ulpianus 48 ad ed.; gleichsinnig D. 10.3.2pr. Gaius 7 ad ed. prov. Zur Frage vgl. THOMAS DROSDOWSKI, Das Verhältnis von *actio pro socio* und *actio communi dividundo* im klassischen römischen Recht, Berlin 1998, 31-58.

³³ Einzelheiten bei DROSDOWSKI (Fn. 32), 162-184.

³⁴ Übersetzung: «Damit die *actio pro socio* zur Anwendung kommt, muss eine Gesellschaft vorliegen. Es genügt nämlich nicht, dass eine Sache gemeinschaftlich ist, wenn es nicht auch zum Ab-

Ulpian betont, dass blosses Miteigentum nicht ausreiche, um eine *societas* zu begründen. Eine Gesellschaft liege nämlich nur dann vor, wenn die Miteigentümer den Willen hätten, tatsächlich eine Gesellschaft einzugehen (*affectio societatis*).³⁵ Verdeutlicht wird dieses Kriterium durch verschiedene Beispiele, in denen ein derartiger Wille offensichtlich fehlt und nur blosses Miteigentum vorliegt. Dies gilt im Fall eines zugunsten zweier Personen hinterlassenen Vindikationslegates,³⁶ beim gemeinsamen Kauf einer Sache durch zwei Personen oder auch beim gemeinschaftlichen Anfall einer Erbschaft oder schenkweisen Zuwendung. Besondere Evidenz kommt dabei dem zuletzt genannten Beispiel zu: Zwei Personen haben unabhängig voneinander Gesellschaftsanteile erworben; dadurch haben sie – wie Ulpian betont – zwar die vermögensrechtlichen Anteile der Gesellschafter erhalten, mangels Gesellschafterwille fehlt es aber an der besonderen gesellschaftsvertraglichen Bindung zwischen ihnen. Trotz der klaren argumentativen Steigerung innerhalb des Fragments ist das Kriterium der *affectio societatis* gleichsinnig wie der *animus contrahendae societatis* als Interpolation verdächtigt worden, zumal schon die Wortwahl eine psychologisierende Betrachtung des Parteiwillens nahezulegen scheint. Berücksichtigt man allerdings, dass die Frage nach dem Vertragswillen eine *quaestio facti* ist, so lässt sich der Text ohne weiteres dahingehend deuten, dass der Jurist den Vertragscharakter der *societas* gegenüber der rein auf dem Faktischen beruhenden Verbindung in der *communio* betont. Entgegen einer weit verbreiteten Annahme ist dem Fragment hingegen keine Aussage dazu zu entnehmen, worin diese *affectio societatis* ihren Ausdruck findet und ob hierfür der «innere Wille» oder die «äussere Erklärung» massgeblich sein soll. Diese Frage ist für die Fallentscheidung Ulpians ohne Bedeutung, denn sein Thema ist die (abstrakte) Abgrenzung von Gemeinschaft und Gesellschaft. Die konkrete Feststellung eines entsprechenden Gesellschafterwillens erfolgt aus den Umständen des Geschäftes im Einzelfall. Beispiele für derartige Wertungen enthalten zwei Fragmente aus Ulpians Ediktskommentar, die die Kompilatoren Justinians unmittelbar an D. 17.2.31 Ulpianus 30 ad Sab. angehängt haben.³⁷

schluss eines Gesellschaftsvertrags gekommen ist. Mit Blick auf eine Sache kann nämlich auch gemeinschaftlich gehandelt werden, ohne dass eine Gesellschaft vorliegt, wie zum Beispiel, wenn wir ohne die Absicht, eine Gesellschaft einzugehen, zufällig in eine Gemeinschaft geraten, was etwa dann geschieht, wenn eine Sache zwei Personen vermacht worden ist, ebenso, wenn eine Sache von zweien gleichzeitig gekauft wird, oder wenn eine Erbschaft oder eine Schenkung uns gemeinschaftlich zugewendet wird, oder wenn wir von zwei Gesellschaftern deren Anteile einzeln gekauft haben und dabei nicht die Absicht hatten, Gesellschafter zu werden».

³⁵ Vgl. zuletzt MARIO TALAMANCA, La „societas“. Corso di lezioni di diritto romano. Edizione postuma a cura di Luigi Garofalo, Mailand 2012, 69 f., der zu recht die Authentizität der Differenzierung betont.

³⁶ Vgl. auch D. 10.2.25.16 Paulus 23 ad ed.

³⁷ Das 2. Buch des ulpianischen Ediktskommentars hat nicht die Gesellschaft zum Gegenstand, sondern die Gerichtsbarkeit in den Munizipien, vgl. OTTO LENEL, *Palingenesia iuris civilis: iuris*

D. 17.2.32 Ulpianus 2 ad ed.

*Nam cum tractatu habito societas coita est, pro socio actio est, cum sine tractatu in re ipsa et negotio, communiter gestum videtur,*³⁸

D. 17.2.33 Ulpianus 31 ad ed.

*Ut in conductionibus publicorum, item in emptionibus: nam qui nolunt inter se contendere, solent per nuntium rem emere in commune, quod a societate longe remotum est. [...].*³⁹

Im ersten Fragment (D. 17.2.32 Ulpianus 2 ad ed.) behilft sich der Jurist mit dem Kriterium der Vertragsverhandlung, um die *societas* von der *communio* abzugrenzen: Während Miteigentum durch die Sache selbst zustande komme, verlange die *societas* als Konsensualkontrakt einen Vertragsschluss, der üblicherweise Vertragsverhandlungen voraussetzt. Hätten sich die Parteien also ausgetauscht und persönlichen Kontakt miteinander aufgenommen, so spreche dies für eine *societas*, während Personen, die eher zufällig Miteigentum an einer Sache erworben hätten, nicht als Gesellschafter anzusehen seien. Gleichsinnig unterscheidet der Jurist im zweiten Fragment (D. 17.2.33 Ulpianus 31 ad ed.) den Zusammenschluss zu einer Publikanengesellschaft von einer lediglich gleichzeitigen Beauftragung eines Mittelsmannes (*nuntius*), der mehrere Personen beim Gebot um die staatlichen Steuern «vertritt», um gegenseitige Konkurrenz im Verhältnis zur öffentlichen Hand zu verhindern. Die bloße Umgehung der Konkurrenz beim Gebot um die Steuereinnahmen durch Beauftragung ein- und derselben Person könne nicht als Gesellschaft angesehen werden. Auch hier fehlen das Zusammenwirken und der gemeinsame Zweck, denn in Wahrheit will jeder der Auftraggeber nur für sich selbst einen Vorteil erlangen, nicht aber eine gemeinschaftliche Durchführung eines Geschäftes.⁴⁰ Gerade das Beispiel des Mittelsmannes zeigt sehr deutlich, dass Ulpian Wert darauf legt, die Vereinbarung auf ihren Zweck hin zu untersuchen: Ist das gemeinschaftliche Gebot durch den Mittelsmann nur deshalb erfolgt,

consultorum reliquiae quae Iustiniani digesti continentur ceteraque iuris prudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros, II, Leipzig 1889, Nr. 201.

³⁸ Übersetzung: «Denn wenn aufgrund von Verhandlungen eine Gesellschaft eingegangen worden ist, dann steht die *actio pro socio* zu, wenn aber ohne Verhandlungen durch die Sache selbst [eine ‚Gesellschaft‘ eingegangen wurde], dann wird dies nur als gemeinschaftliches Handeln anzusehen sein».

³⁹ «Wie bei der [gemeinschaftlichen] Pacht von Steuern, ebenso bei [gemeinschaftlichen] Verkäufen [von Steuern], denn diejenigen, die sich nicht gegenseitig überbieten wollen, pflegen die Sache durch einen Mittelsmann gemeinschaftlich zu kaufen, was von einer Gesellschaft weit entfernt ist. [...]».

⁴⁰ Zu den *societates publicanorum* vgl. zuletzt FLECKNER (Fn. 11), 188 f. mit Fn. 219, der allerdings den *nuntius* als Anzeichen für einen vorherigen Vertragsschluss wertet. Genau das sagt der Text nun aber nicht, da Ulpian offenbar davon ausgeht, dass die Parteien nur einen gemeinsamen Auftrag an den *nuntius* formuliert haben.

weil andernfalls ein zu hoher Preis gezahlt werden muss, liegt nach römischem Recht noch kein ausreichender gemeinsamer Zweck vor, der es rechtfertigt, von einer *societas* auszugehen. Erst bei einer gemeinsamen Tätigkeit nach gemeinsamer Zwecksetzung ist von einem Zusammenschluss im Sinne einer Gesellschaft auszugehen.

Mit diesen Überlegungen ist ein «blinder Fleck», der die bisherige Forschung aufgrund ihrer Fixierung auf Erklärungs- und Willentheorie kennzeichnet, angesprochen, nämlich die Frage nach der Funktion des in verschiedenen Stellen hervorgehobenen *animus contrahendae societatis* und vergleichbarer Formeln.

2. Zur Funktion des *animus contrahendae societatis*

Mit Blick auf den in gleicher Weise als Interpolation verdächtigten *animus novandi* hat PETER APATHY herausgearbeitet, dass es sich um ein Abgrenzungskriterium gehandelt habe, um die gleichlautende Bürgschaftsstipulation von der Novationsstipulation abzugrenzen.⁴¹ Der Wille der Parteien, das Geschäft auf eine neue Grundlage zu stellen, wurde bereits von den Juristen des 2. und 3. Jahrhunderts n. Chr. in Fallgestaltungen herangezogen, in denen das Stipulationsformular sowohl die Deutung als Bürgschaft als auch als Novation zuliess.⁴² Für die *societas* ist die Frage der Funktion des *animus contrahendae societatis* bisher nicht systematisch untersucht worden, was vorrangig daran liegt, dass die relevanten Fälle – anders als beim *animus novandi* – kein Vertragsformular (Erklärung) betreffen, sondern faktisches Verhalten.⁴³ In der Tat stellt sich die Frage nach der Abgrenzung verschiedener Vertragstypen beim (formlosen) Konsensualkontrakt der *societas* auf andere Weise als beim (förmlichen) Verbalkontrakt, der Stipulation.

Ausgangspunkt für die Frage nach der Funktion des *animus contrahendae societatis* muss daher das bereits angesprochene Fragment D. 17.2.44 Ulpianus 31 ad ed. sein, in dem Ulpian den vielfach verdächtigten Ausdruck verwendet.⁴⁴

D. 17.2.44 Ulpianus 31 ad ed.

Si margarita tibi vendenda dederō, ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris, quod excedit tu haberes, mihi videtur, si animo

⁴¹ APATHY (Fn. 12), bes. 170-226.

⁴² Gleichsinnig (zum Besitzwillen) GEOFFREY MACCORMACK, The Role of Animus in the Classical Law of Possession, ZRG rom. 86 (1969), 105-145, bes. 140-145, der die Bedeutung der «intention» (im Sinne einer planerischen Entscheidung) betont.

⁴³ Wenn ÉVA JAKAB, Vertragsformulare im *Imperium Romanum*, ZRG rom. 123 (2006), 71-101 (und andernorts), die Bedeutung der Vertragspraxis betont, ist ihr vollkommen zuzustimmen; für die hier untersuchten Fälle der Spontangesellschaft hilft diese Erkenntnis aber nur bedingt weiter, weil hier gerade kein entsprechendes Formular vorliegt.

⁴⁴ Vgl. Nachweise bei BABUSIAUX (Fn. 29), 228-230 mit Fn. 1105 und 1109.

*contrahendae societatis id actum sit, pro socio esse actionem, si minus, praescriptis verbis.*⁴⁵

Jemand (*ego*) hat einem andern (*tu*) eine Perle zum Verkauf gegeben und dabei bestimmt, dass wenn *tu* die Perle für 10 verkaufen sollte, dem *ego* diese zehn herauszugeben seien. Erziele *tu* dagegen einen höheren Gewinn aus der Perle, könne er diesen Gewinn behalten. Die knappe Stellungnahme des Juristen dreht sich um die für die Durchsetzung der Vereinbarung einschlägige Klage: Sei diese Vereinbarung mit dem Willen, eine Gesellschaft zu schliessen, getroffen worden, stehe dem *tu* die Klage aus der Gesellschaft zu; fehle dieser Wille, könne er die unbenannte Klage (*actio praescriptis verbis*) erheben.⁴⁶ Der als Widerspruch aufgefasste Text behandelt einen leicht anderen Sachverhalt:

D. 19.5.13pr. Ulpianus 30 ad Sab.

*Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut, quo pluris vendidisses, tibi haberes, placet neque mandati neque pro socio esse actionem, sed in factum quasi alio negotio gesto, quia et mandata gratuita esse debent, et societas non videtur contracta in eo, qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium exceptit.*⁴⁷

Jemand (*ego*) hat dem andern (*tu*) eine Sache für einen bestimmten Preis gegeben mit der Massgabe, dass, wenn *tu* für mehr (als den bestimmten Preis) verkaufe, er dieses behalten könne. Ulpian zufolge ist anerkannt, dass weder eine Klage aus Auftrag noch eine *actio pro socio* einschlägig seien, sondern eine *actio in factum quasi alio negotio gesto*, also eine auf den Sachverhalt lautende Klage wegen der Führung eines fremden Geschäftes. Gegen den Auftrag spreche die Entgeltlichkeit der Vereinbarung, gegen die Annahme einer Gesellschaft dagegen die Tatsache, dass *tu* nicht als Gesellschafter am Ertrag der Sache beteiligt werde, sondern *ego* sich den Fixpreis vorbehalten habe.

⁴⁵ Übersetzung: «Wenn ich dir eine Perle zum Verkauf mit der Massgabe gegeben habe, dass, wenn du sie für zehn verkauft hast, du mir zehn zurückgibst, [und] wenn [du] sie für mehr [verkauft hast], was [über zehn] hinausgeht, du behältst, halte ich es für richtig, dass, wenn dies mit dem Willen, eine Gesellschaft einzugehen, vereinbart worden ist, die Klage aus der Gesellschaft zusteht, wenn ohne [diesen Willen], die *actio praescriptis verbis*».

⁴⁶ MEISSEL (Fn. 23), *Societas*, bes. 27-29.

⁴⁷ Übersetzung: «Wenn ich dir eine Sache für einen bestimmten Preis zum Verkauf gegeben habe, so dass du behältst, wieviel du für mehr verkauft hast, ist anerkannt, dass weder die Klage aus Auftrag noch die Klage aus der Gesellschaft gegeben sind, sondern eine auf den Sachverhalt lautende Klage wegen der gleichsam fremden Geschäftsführung, weil ja Aufträge unentgeltlich sein müssen und eine Gesellschaft nicht als vereinbart gilt mit Blick auf denjenigen, der dich nicht als Gesellschafter bei der Veräusserung angenommen hat, sondern sich einen bestimmten Preis vorbehalten hat».

Vergleicht man die Fragmente unvoreingenommen miteinander, so unterscheiden sie sich nur in den Formulierungen: Während D. 17.2.44 Ulpianus 31 ad ed. auf den *animus contrahendae societatis* abstellt, formuliert der Jurist in D. 19.5.13pr. Ulpianus 30 ad Sab. das gleiche Ergebnis so, dass *ego* den *tu* als Gesellschafter «aufnehmen» und entsprechend behandeln müsste.⁴⁸ In beiden Fällen ist das äusserlich beobachtbare Geschehen, das zunächst zur Ermittlung des Vertragsinhaltes bemüht wird, nicht eindeutig: Vielmehr kann die Hingabe einer Sache zu einem bestimmten Preis, mit der Bestimmung, sie zu verkaufen und den Resterlös zu behalten, auf ganz verschiedene Vertragstypen hindeuten. Da das äusserlich feststellbare Geschehen mehrdeutig ist, bedarf es der Klärung, was die Parteien mit der Hingabe der Sache im Einzelnen bezweckt haben. Dabei verlangt die Annahme einer Gesellschaft, dass die Parteien sich nicht – wie beim Trödelvertrag – «at arms' length» halten, sondern tatsächlich gemeinsame Sache machen.⁴⁹ Hierfür sind weitere Abklärungen notwendig, die sich aus dem Sachverhalt, so wie er geschildert wird, gerade nicht ergeben. Indem der Jurist auf den *animus contrahendae societatis* verweist, macht er auf das Fehlen dieser Information aufmerksam. Ebenso wenig wie mit dem Kriterium der *affectio societatis* in D. 17.2.31 Ulpianus 31 ad Sab. wird also auch hier keine Aussage über die Feststellung des Parteiwillens getroffen, sondern das massgebliche rechtliche Differenzierungskriterium beim Namen genannt.

Mit diesen Überlegungen lassen sich auch andere Fragmente, in denen die Juristen mehrdeutiges Parteiverhalten auszulegen haben, sinnvoll erklären. Dies gilt zunächst für die Überlassung eines Grundstücks zur Bebauung:

*D. 19.5.13.1 Ulpianus 30 ad Sab.*⁵⁰

Julianus libro undecimo digestorum scribit, si tibi areae meae dominium dederō, ut insula aedificata partem mihi reddas, neque emptionem esse, quia pretii loco partem rei meae recipio, neque mandatum, quia non est gratuitum, neque societatem, quia nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit. Sed si puerum docendum vel pecus pascendum tibi dederō vel puerum nutriendum ita, ut, si post certos annos venisset, pretium inter nos communicaretur, abhorrere haec ab area eo, quod hic dominus esse non desinit qui prius fuit: competit igitur pro socio actio. Sed si forte puerum domini tui fecero, idem se quod in area dicturum, quia dominium desinit ad primum dominum pertinere. Quid ergo est? In factum putat actionem Iulianus dandam, id est praescriptis verbis. Ergo

⁴⁸ Offensichtlich unproblematisch ist dies in dem Fall des Papinianus in D. 17.2.52.7 Ulpianus 31 ad ed., dazu MEISSEL (Fn. 23), *Societas*, 149-151 mwN.

⁴⁹ Zu dieser Eigenschaft des Trödelvertrags vgl. EUGEN BUCHER, Der Trödelvertrag mit den Augen Ulpianus betrachtet, in: FS Schluep, Zürich 1988, 95-113, 99.

⁵⁰ Zum Text vgl. BACKHAUS (Fn. 31), 234-236 und (mit Kritik an BACKHAUS) JAKAB (Fn. 43), 79-87.

*si quis areae dominium non transtulerit, sed passus sit te sic aedificare, ut communicaretur vel ipsa vel pretium, erit societas. Idemque et si partis areae dominium transtulerit, partis non, et eadem lege aedificare passus sit.*⁵¹

Ulpian berichtet von einem Fall des Julian, in dem *ego* dem *tu* einen Grundstücksteil zum Eigentum überlassen hat, damit *tu* dort ein Mietshaus errichte und dem *ego* davon einen Teil zurückgebe. Julian habe diese Vereinbarung nicht als Kauf qualifiziert, weil *ego* die Sache nicht zu einem fixen Preis übergebe, sondern sogar einen Teil seines Eigentums zurückerhalte. An einem Auftragsverhältnis fehle es, weil das Handeln des *tu* nicht unentgeltlich sei – er erhalte ja einen Teil des Grundstücks von *ego* zum Eigentum. An einer Gesellschaft soll es schliesslich mangeln, weil der *ego* das Eigentum an der Sache zwischenzeitlich aufgegeben habe und damit nicht den Willen habe, mit *tu* in einer Gefahrengemeinschaft zu sein. Diese Situation – und das ist nun für unsere Zwecke interessant – vergleicht Julian mit anderen Abreden, für die er eine Gesellschaft annimmt, nämlich die Vereinbarung, einen Sklaven zu unterrichten oder Vieh weiden zu lassen, wobei der Sklave nach der Unterrichtung und das Vieh nach der Weidezeit verkauft werden sollen und der erzielte Erlös geteilt werden soll. Hier gehen also die Parteien eine Schicksalsgemeinschaft ein, was die Qualifizierung als *societas* rechtfertigt. Voraussetzung ist allerdings, dass derjenige, der das Sklavenkind oder das Vieh übergibt, wenigstens Miteigentum behält;⁵² gibt er sein Eigentum vollständig auf (*datio*), liegt keine Gesellschaft mit dem Empfänger vor, sondern eine *datio ob rem*, so dass lediglich eine *actio praescriptis verbis* in Betracht kommt. Aus diesen Kriterien ergibt

⁵¹ Übersetzung: «Julian schreibt im elften Buch der Digesten, wenn ich dir das Eigentum an meinem Grundstück gegeben habe, damit du einen Teil des [dort] errichteten Mietshauses mir zurückgibst, liegt kein Kaufvertrag vor, weil ich ja anstelle des Preises einen Teil meiner eigenen Sache erhalte, und auch kein Auftrag, weil es nicht unentgeltlich ist, und auch keine Gesellschaft, weil ja niemand mit dem Willen, eine Gesellschaft zu schliessen, das Eigentum an seiner Sache aufgibt. Aber auch wenn ich ein Sklavenkind zur Ausbildung oder Vieh zum Weiden dir gegeben habe oder ein Sklavenkind zur Aufzucht mit der Massgabe, dass, wenn du es nach einigen Jahren verkaufst, der [erzielte] Preis zwischen uns aufgeteilt wird, unterscheidet sich dies von dem Grundstück dadurch, dass hier nicht derjenige aufhört, Eigentümer zu sein, der es zuerst war. Also steht die *actio pro socio* zu. Aber wenn ich zum Beispiel das Sklavenkind zu deinem Eigentum mache, wird das gleiche wie mit Blick auf das Grundstück zu sagen sein, weil ja das Eigentum aufhört dem ersten Eigentümer zuzustehen. Was gilt also? Julian meinte, dass eine Klage auf den Sachverhalt zu geben sei, das heisst eine *actio praescriptis verbis*. Also wenn jemand das Eigentum am Grundstück nicht übertragen hat, sondern erduldet hat, dass du dort gebaut hast, so dass entweder dieses [Gebäude] oder der [beim Verkauf erzielte] Preis geteilt werden, besteht eine Gesellschaft. Dies gilt auch wenn er das Eigentum an einem Grundstücksteil übertragen hat, an einem anderen Teils aber nicht, und mit der gleichen Bestimmung die Errichtung eines Gebäudes geduldet hat».

⁵² MEISSEL (Fn. 23), *Societas*, 272 f. «Dabei werden der auszubildende Knabe bzw. das zu weidende Vieh *quoad dominium* in die Gesellschaft eingebracht und stehen im Miteigentum der *socii*».

sich auch die Lösung für den Ausgangsfall: Hat *ego* das Eigentum auf *tu* übertragen, erfolgt die Mietshauserrichtung allein auf das Risiko des *tu*, so dass keine *societas* vorliegt; hat *ego* die Sache nur zur Nutzung (= Errichtung des Mietshauses) überlassen, liegt eine Gesellschaft vor, da die Parteien eine Schicksalsgemeinschaft eingegangen sind. Erneut ist also der *animus societatis contrahendae* entscheidend, der sich im konkreten Fall aus dem Zusammenbringen von Sache und Arbeitsleistung ableiten lässt.

Den Einfluss der Beweislast auf die Feststellung des Parteiwillens thematisiert:

D. 17.2.52pr. Ulpianus 31 ad ed.

*Cum duobus vicinis fundus coniunctus venalis esset, alter ex his petit ab altero, ut eum fundum emeret, ita ut ea pars, quae suo fundo iuncta esset, sibi cederetur: mox ipse eum fundum ignorante vicino emit: quaeritur, an aliquam actionem cum eo vicinus habeat. Iulianus scripsit implicitam esse facti quaestionem: nam si hoc solum actum est, ut fundum Lucii Titii vicinus emeret et mecum communicaret, adversus me qui emi nullam actionem vicino competere: si vero id actum est, ut quasi commune negotium gereretur, societatis iudicio tenebor, ut tibi deducta parte quam mandaveram reliquas partes praestem.*⁵³

Zwei Nachbargrundstücke grenzen gemeinsam an ein drittes Grundstück an. Als das dritte Grundstück zum Verkauf steht, bittet der erste Nachbar den zweiten, das Grundstück zu kaufen und ihm (dem ersten) dann den Teil, der an sein (des ersten) Grundstück angrenze, zu übertragen. Entgegen dieser Absprache kauft der erste sodann selbst das Grundstück des Dritten und der zweite Nachbar fragt, ob er vom ersten die Übertragung des Teils, der an sein Grundstück angrenze, verlangen könne. Julians Antwort, die Ulpian überliefert, ist zunächst ausweichend: Die Frage beinhalte eine Tatfrage (*facti quaesti*), denn es sei der Parteiwille zu ermitteln. Massgeblich für die Annahme einer Gesellschaft sei, dass *ego* und *tu* einen gemeinschaftlichen Zweck verfolgten, der Kauf des Nachbargrundstücks also im Interesse beider stattfinden sollte. Nach den mitgeteilten Umständen kann der Jurist nicht auf das Vorliegen des Willens schliessen und muss die konkrete Fallentscheidung offenlassen. Ob im konkreten Fall ein entsprechen-

⁵³ Übersetzung: «Wenn ein an zwei Grundstücke anschliessendes Grundstück zum Verkauf stünde, und der eine [von den Eigentümern der angrenzenden Grundstücke] vom anderen verlangte, dass er dieses Grundstück kaufe, so dass dieser Teil, der seinem Grundstück angrenze, ihm übertragen werde, er [der Anfragende] sodann bald selbst dieses Grundstück ohne Kenntnis seines Nachbarn gekauft hat, wird gefragt, ob dem Nachbarn irgendeine Klage gegen diesen [Anfragenden] zusteht. Julian schrieb, dass es sich um eine implizite Tatfrage handele, denn wenn nur vereinbart worden sei, dass der Nachbar das Grundstück des Lucius Titius kaufe und mit mir teile, stehe gegen mich, der ich gekauft habe, dem Nachbarn keine Klage zu. Wenn aber vereinbart worden sei, dass gleichsam ein gemeinschaftliches Geschäft geführt werde, hafte ich mit der Klage aus der Gesellschaft, so dass ich dir unter Abzug des Teils, für den ich dich beauftragt habe, den übrigen Teil hafte».

der Wille festgestellt werden kann, hängt vom Beweisverfahren vor dem Richter ab, wobei freilich klargestellt wird, dass eine Unerbringlichkeit des Beweises zu Lasten des Nachbarn geht, der das Grundstück ursprünglich für beide kaufen sollte.⁵⁴ Genau wie bei den Verkaufsfällen (Perle, sonstige Sache und Grundstück), kann also der Gesellschafterwille aufgrund des äusseren Geschehens nicht vermutet werden, sondern bedarf besonderer Feststellung und damit besonderer Anstrengungen der mit seinem Beweis belasteten Partei.

Nach Durchmusterung dieser Beispiele lässt sich daher die Funktion des Kriteriums des Gesellschafterwillens dahingehend bestimmen, dass es dazu dient, ein nicht eindeutig als Gesellschaft zu qualifizierendes Verhalten der *societas* zuzurechnen. Dabei geht es nicht um ein psychologisches Moment, also die Erforschung des «inneren» Willens. Vielmehr verweisen die Juristen auf den «Willen», um die fehlende Eindeutigkeit des bis dahin bekannten Sachverhaltes zu betonen und die Notwendigkeit weiterer Feststellungen anzumahnen. Auch diese weiteren Feststellungen zielen nicht darauf, den mentalen Zustand der Parteien zu ermitteln, sondern sind auf den konkreten Geschäftszweck zu beziehen. Auf diese Weise ist zwanglos erklärbar, warum das Kriterium des Gesellschafterwillens nicht in allen Fragmenten zur Gesellschaft expliziert wird, sondern vorrangig bei Gelegenheitsgesellschaften und bei der für Laien nicht sofort einsichtigen Abgrenzung von *communio* und *societas*. Für beide Fälle erinnern die Juristen daran, dass erst die Feststellung des Gesellschafterwillens die Zuordnung des Geschäftes zum Bereich der *actio pro socio* erlaubt.

III. Schluss

Die skizzierten Überlegungen zur Bedeutung des Gesellschafterwillens im Recht der *societas* belegen den grundlegenden Unterschied zwischen der modernen Auffassung von der Funktion der *essentialia negotii* als Mindestkonsens zur Auslösung der gesetzlichen Rechtsfolgen und dem Gestaltungsauftrag, den die römischen Juristen den Parteien mit dem *animus contrahendae societatis* erteilten.⁵⁵ Da die Ermittlung des Parteiwillens in Rom Tatfrage war, stellte die juristische Würdigung des Sachverhaltes in den Juristenschriften nur eine vorläufige Einschätzung dar, die durch entsprechenden Beweis des Gesellschafterwillens vor dem Richter widerlegt werden konnte. Auf diese Weise ist der Wille, eine Gesellschaft schliessen zu wollen, zwar Voraussetzung für die Erteilung der *actio pro socio* durch den Prätor, Aussagen zum Verhältnis von Vertrag und Gesetz oder gar zur Vertragsfreiheit lassen sich aber aus diesem Kriterium nicht ableiten.

⁵⁴ Zu *commune negotium* vgl. BACKHAUS (Fn. 31), 245 f.

⁵⁵ Vgl. EUGEN BUCHER, Für mehr Aktionendenken, AcP 186 (1986), 1-73, bes. 18-22.

Dennoch kann kein Zweifel daran bestehen, dass der Gesellschafterwille, der in allen europäischen Rechtsordnungen als Merkmal des Gesellschaftsvertrags vorausgesetzt wird,⁵⁶ seinen Ursprung in der römischen Rechtsliteratur hat. Schon aufgrund dieser terminologischen Kontinuität ist es bedauerlich, dass die interpolationistischen Verdächtigungen des Kriteriums bis heute fortwirken. Dabei ist nicht zu übersehen, dass die Interpolationenkritik im Gesellschaftsrecht selbst mit einem aufklärerischen Impetus antrat. So war es WIEACKERS erklärtes Ziel, die gemeinrechtlichen «Irrtümer» durch die stärker historische Schichtung des Quellenbefunds, und vor allem durch die Aufteilung in klassisches und nachklassisches Recht, zu beseitigen und damit auch einen Beitrag zur zeitgenössischen Diskussion um die Ausgestaltung des Gesellschaftsrechts zu leisten.⁵⁷ Für den heutigen Interpreten kann diese Erkenntnis als Mahnung gelten, allzu leichtfertig Neuigkeiten bei der Interpretation der römischen Rechtstexte zu proklamieren, denn auch für die Quellenarbeit gilt, dass man den «Splitter im Auge des Gegenübers» leichter wahrnimmt als den «Balken im eigenen Auge» (Matth. 7,3). Offensichtlich sind derartige Beschränkungen der Sicht nicht vollständig vermeidbar. Der Balken wird freilich kleiner, wenn man sich davon verabschiedet, im römischen Privatrecht «Lösungen» oder «Beweise» für eine eigene, in der Regel direkt oder indirekt rechtspolitisch motivierte These zu Problemen des geltenden Rechts finden zu wollen. Das römische Recht der *societas* gibt keine Anleitung für die heutige Rechtsgeschäftslehre. Es bietet aber einen Reflexionsraum, der den Betrachter in die Lage versetzen kann, aktuelle Fragestellungen aus einer kritischen Distanz und mit historischem Wissen schärfer zu erfassen.

⁵⁶ Interessanterweise spricht die französische Doktrin vom *affectio societatis*, vgl. nur NADÈGE REBOUL, *Remarques sur une notion conceptionnelle et fonctionnelle: l'affectio societatis*, *Revue des sociétés* 2000, 425, während das schweizerische Recht den Begriff *animus societatis* bevorzugt, vgl. BGE 99 II 303, E. 4. In der deutschen Literatur beschränkt man sich auf Umschreibungen des gemeinschaftlichen Zweckes, vgl. MünchKomm-INGO SAENGER, 6. Aufl., München 2013, Rn. 142, 148 zu § 705 BGB. Auch diese Unterschiede sind Ausdruck der national unterschiedlichen Konzeptionen des Vertrags, die auch auf den Gesellschaftsvertrag wirken.

⁵⁷ Vgl. FRANZ WIEACKER, *Societas I. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft. Untersuchungen zur Geschichte des römischen Gesellschaftsrechts*, Weimar 1936, 273-344; gleichsinnig DERS., *Das Gesellschafterverhältnis des klassischen Rechts*, *ZRG rom.* 69 (1952), 302-344.